

‘전통’과 ‘여성’의 만남

: 호주제도 위헌소송에 관한 문화 연구*

양현아**

목 차

- I. 머리말
- II. 역사적 구성물로서의 ‘전통’
- III. ‘여성’, 제도와 현실간의 괴리 표출
 - 1. 이혼 및 재혼과 자녀 문제
 - 2. 남아 출산과 호주승계 문제
- IV. 맺음말

(국문요약)

본 연구는 2002년 7월 현재 제기되어 있는 ‘호주제 위헌소송’의 역사적·문화적 의미를 자리매김하고자 호주제 존폐의 주요 근거가 되어온 ‘전통’과 ‘여성문제’에 대해 논의한다. 특히 본 연구는 호주제도에 대한 ‘한국의 전통이므로 존속해야 한다’ 혹은 ‘식민지 유산이므로 폐지되어야 한다’라는 이분법을 넘어서 ‘전통’이란 사회관계와 문화 속에서 재생산되고 있는 구성물임을 분명히 한다. 호주제도의 식민지성을 포착하기 위해서는 전통에 대한 문화구성적 입장과

* 이 논문은 서울대학교 BK21 법학연구단의 지원에 힘입은 글입니다.

** 서울대학교 BK21 법학연구단 박사후과정 연구원, 사회학 박사. “Envisioning Feminist Jurisprudence in Korean Family Law at the Crossroads of Tradition/Modernity(전통과 근대성의 교차로에 선 한국 가족법에서 여성주의 법리학을 전망함)” (The New School for Social Research, 박사학위논문, 1998), 「증언과 역사쓰기 : 한국인 ‘군위안부’의 주체성 재현」 (『사회와 역사』, 제60집, 2001) 등의 논문이 있다.

여성주의적 분석이 필요하다. 또한 인구통계 자료에 입각하여, 호주제도로 인한 피해는 ‘여성들의’ 문제점이 아니라, 변화하는 한국가족들의 상황을 수용하지 못하는 호주제도의 문제점을 드러낸다는 것을 밝히고 있다. 호주제 위헌소송은 한국의 식민주의적 문화상황에 관한 전망을 필요로 한다.

(주요어) 호주제도, 전통, 식민지성, 여성, 가부장제

I. 머리말

호주제도에 관한 위헌제청이 결정되었다. 1998년에 ‘호주제 폐지를 위한 시민의 모임’이 결성되었고, 2000년 9월에는 113개 여성단체들이 연합하여 ‘호주제 폐지를 위한 시민연대(이하 시민연대)’가 결성되었다. 이후 ‘시민연대’와 ‘민주회를 위한 변호사모임’이 협력하여 호주제 위헌 소송을 준비하기 시작하였고 호주제 위헌소송에의 원고인단을 모집하였다. 이에 원고인이 되겠다는 호주제 피해자들 60여명이 신청하였고, 이 중 15명이 1차 위헌소송의 원고로 선별되었다. 선별된 원고들은 2000년 말 서울지방법원에 민법상 호주제도의 특정 조항에 대하여 위헌제청을 신청하였고, 2000년 3월 서울지방법원 서부지원과 북부지원에서 위헌심판제청결정이 내려졌다.¹⁾

본 논문은 이러한 호주제 위헌소송에 직면하여, ‘전통’과 ‘여성’이라는 주제를 중심으로 하여 이번 소송의 역사적·문화적 의미를 자리매김하고자 한다.²⁾ 먼저 본 논문의 맥락이 되는 위헌제청신청의 과정과 내용을 살펴보기로 하자. 서울지방법원 서부지원에서 결정된 위헌 제청은 한 이혼여성(신청인 A)에 의하여 신청되었다. 이 여성은 협의이혼 후 일가창립을 하였고, 전남편과의 사이에 둔 자녀의 친권 행사자로서 자녀와 함께 거주하고 있지만 그 자녀는 아버지가 호주로 되어 있는 호적에 등재되어 있다. 이에 신청인 A는 자녀를 본인의 가(家)에 입적시키기 위해 2000년

1) 한국여성연합 호주제폐지 운동본부 홈페이지 <http://no-hoju.women21.or.kr>; 호주제 폐지를 위한 시민의 모임 홈페이지 <http://antihuju.jinbo.net> 참조.

2) 여기에서 언급하는 사건 자체는 구청의 호적상 처분을 다루기 위한 소송이다. 그러나 그 소송이 호주제 관련조항에 대한 헌법재판소의 위헌 결정을 궁극적으로 이끌어내기 위한 전략 속에서 제기되었다는 점에서 ‘호주제도 위헌소송’이라는 용어를 사용한다는 점을 밝혀둔다.

10월 해당구청인 은평구청장에게 입적신고를 하였으나, 민법 제 781조 1항에 의하여 어머니의 가로 아들의 호적을 옮기는 것은 허용되지 아니한다는 이유로 받아들여지지 않았다. 신청인은 이러한 판정에 불복하고 아래와 같은 민법 제 778조 및 민법 제 781조 1항에 대한 위헌법률심판제청을 법원에 신청하였다.

민법 제 778조 [호주의 정의] 일가(一家)의 계통(系統)을 계승한 자, 분가(分家)한 자 또는 기타 사유로 인하여 일가를 창립(創立)하거나 부흥(復興)한 자는 호주가 된다.

민법 제 781조 [자의 입적, 성과 본] ① 자(子)는 부(父)의 성(姓)과 본(本)을 따르고 부가(父家)에 입적한다. 다만 부(父)가 외국인인 때에는 모(母)의 성(姓)과 본(本)을 따를 수 있고 모가(母家)에 입적한다.

서울지방법원 서부지원은 제 778조에 대한 위헌제청은 기각하고 제 781조 본문 중 후단, 즉 “자는 (...) 부가에 입적한다”에 대해서만 위헌제청을 정하였다. 다음은 서부지원의 위헌제청결정 이유의 일부이다.

헌법재판소 제 41조 제 1항은 법률이 헌법에 위반되는지 여부가 재판의 전제가 된 때에 법원은 헌법재판소에 위헌 여부를 심판을 제청할 수 있도록 규정되어 있는 바, 여기서 ‘재판의 전제’가 된다는 것은 우선 위헌 여부가 문제되는 법률이 당해 소송사건의 재판에 적용되는 것이어야 한다. 신청인은 이미 일가를 창립하여 호주가 되어 있으며, 본안 사건의 전제가 된 사건본인에 대한 입적신고도 신청인이 호주인 가에 사건본인을 입적시키기 위한 것이어서 그 수리여용 여부는 호주제도의 존재여부나 누가 호주가 될 것인가의 문제와는 관계없는 것인데, 민법 778조는 호주에 대한 정의 및 호주제도의 근거가 되는 규정으로서 하나의 가의 호주가 될 수 있는 자에 관하여 정하고 있을 뿐, 그 조항 자체로는 호주와 가족과의 관계에 관하여 규정하거나 호주와 그 가의 구성원이 되는 가족의 범위에 관하여 어떠한 제한을 두고 있지 아니하므로 본안 사건에 직접 적용한다고 할 수 없다. 입적하고자 하는 자의 성(姓)과 본(本)이 입적하고자 하는 가의 호주의 그것과 일치할 것을 요구하는 것은 아니므로, 민법 제 781조 제 1항의 본문 중 전단의 ‘자는 부의 성과 본을 따른다’는 조항도 본 사건과 직접 관련된다고 할 수 없다. 따라서 신청인의 위헌제청신청 중 민법 제 778조 및 781조 제 1항 본문 전단에 관한 부분은 각 조항의 위헌 여부가 본안 사건의 재판의 결론에 영향을 미친다고 할 수 없어 재판의 전제성이 없는 것이므로 부적법하다.³⁾

3) 서울지방법원 서부지원 위헌제청 결정문 사건 2000호파 1095 2001.3.27

법원은 ‘재판의 전제성’이라는 기준으로 해당 조문의 기각 사유를 밝히고 있다. 한편, 제 781조 제 1항의 본문 후단에 대해서는 위헌성과 공익과 사익간의 비교형량이라는 기준에 의거하여 위헌제청을 결정한다.

민법 제 781조 제 1항 본문 후단은 부계중심주의 원칙을 채택하여 자녀가 속할 가를 원칙적으로 아버지의 가로 정하여 남녀의 성(性)에 따른 차별을 두고 있으므로 법 앞에서의 평등의 원칙을 선언한 헌법 제 11조 제 1항 및 양성평등의 원칙을 선언한 헌법 제 36조 제 1항에 반한다고 볼 소지가 있다... 호적제도가 존재하는 이상 호적편제의 기준을 아버지 또는 어머니 한 쪽으로 정하여 둘 필요가 있고, 다수 국민의 전통적 관념에 비추어 그 기준을 일용 아버지로 정하였다고 하더라도 위와 같은 민법의 태도는 그 보호하려는 공익에 비하여 모자의 권리를 지나치게 침해하는 것으로 기본권의 제한은 필요한 최소한도에 그치도록 하여야 하며(피해의 최소화), 그 입법에 의하여 보호하려는 공익과 침해되는 사익을 비교형량할 때 보호되는 공익이 더 커야 하고(법익의 공익성) 어떠한 경우에도 기본권의 본질적 내용은 침해할 수 없다(기본권의 본질적 내용 침해금지)는 헌법 제 37조 제 2항에 위배된다고 판단하였다.⁴⁾

한편, 서울지방법원 북부지원에서 결정된 위헌제청은 한 이혼 여성(신청인 B)과 혼인상태에 있는 부부(신청인 C)에 의해서 각각 신청되었다. 신청인 B의 경우는 앞의 신청인 A의 경우와 신청동기가 흡사하므로 후자에 관해서만 살펴보자. 신청인 C 부부는 현재 남편이 호주로 되어 있는 자신들의 호적을 무호주(無戶主)로 변경하고자 하는 목적으로 2000년 10월 해당 호적관청인 강서구청에 무호주 신청서를 제출하였으나, 해당구청은 현행법령상 호적은 호주를 기준으로 편성되고 무호주제도는 현행 법규상 근거가 없다는 이유로 그 수리를 거부하였다. 이 부부는 이 수리거부 처분에 불복하고 서울지방법원에 민법 제 778조 및 826조 3항에 대하여 위헌심판제청을 신청하였다. 이에 북부지원은 신청인 B의 신청에 대해서는 앞의 서부지원의 결정과 마찬가지로 제 781조 1항의 후단에 대하여, 신청인 C의 신청에 대해서는 제 826조 3항에 대한 제청신청은 기각하고,⁵⁾ 제 778조에 대하여 위헌심판제청을 결정하였다.⁶⁾ 이상과 같은 서울지방법원의 결정에 따라 민법의 친족편 제 2장 호주와

4) 위 결정문, 사건 2000호파 1095 2001.3.27

5) 제 836조 3항 처(妻)는 부(夫)의 가에 입적한다. 그러나 처가 친가의 호주 또는 호주승계인인 때에는 부가 처의 가에 입적할 수 있다.

가족에 속해 있는 제778조와 제 781조 본문 후단에 대하여 헌법재판소에서 위헌여부가 판단될 것이며, 이러한 결정의 기준은 위헌성, 재판의 전제성, 공익(公益)과 사익(私益)간의 비교형량에 있다고 할 수 있다.

이러한 소송 과정에서 알 수 있는 바는 먼저, 호주제 위헌소송은 개인이 아니라 시민운동과 여성운동에 의해 준비되고 진행되어 왔다는 점이다. 다시 말해, 호주제 위헌소송은 가족제도 내지 사회제도를 변화시키기 위한 사회운동의 집단적 노력에 의해 이루어진 소송이다. 하지만, 이번 위헌소송의 이러한 집단적 의미와 재판부가 ‘재판의 전제성’에서 말하는 재판의 의미간에는 상당한 거리가 있는 것으로 보인다. 위에서 살펴본 대로 민법 778조와 781조 본문 후단에 대해서만 위헌제청 결정이 내려졌다. 물론 이 조항들에 대하여 위헌 결정이 내려진다면 그것은 중대한 의미를 가질 것이고 호주제도상 여타 조항에도 영향을 미칠 것이다. 하지만 이러한 조문으로는 호주제도의 체계적 작동과 거기에서 오는 문제점을 포착하기에는 너무 협소하다. 호주제의 피해와 효과는 개별 조문이 아니라 여러 조문들이 중복되면서 복합적 효과를 낸다. 특히 호주제도는 가족내의 여러 관계들—부모자녀관계(승계), 부부관계(혼인), 친자, 양자, 친족 등—을 틀 짓는 하나의 시스템을 이루고 있다고 할 때, 개별 조문은 다른 조문들과의 관련 속에서 법적 효력을 내고 있다. 따라서 사회를 살아가는 사람들에게 778조가 의미를 가지는 것은 826조 3항간의 상호관련성 때문인데 재판부는 재판의 전제성이라는 이유에 의거하여 826조 3항에 대한 위헌제청 심의대상에서 제외시켰다.⁷⁾ 여기에서, 본 소송을 이끌어 낸 이유이자 에너지가 된 집단적이고 사회적 피해를 이러한 재판 담론에 어떻게 수용될 수 있을까라는 질문이 제기된다. 위에서 신청인 C의 경우를 보면, 기혼여성의 호주가 그녀의 남편으로 되게 하는 것은 민법 778조의 적용으로만 판단할 수 있을지 의문이 든다. 주지하다시피, 한국의 99.9%의 가족에서 남편(생존해 있을 경우)이 호주로 되는 것은 기혼여성이 결혼과 동시에 남편의 가(호적)에 속하게 하는 제 826조 3항이 전제로 작용하기 때문이다.⁸⁾ 부부 중 한 명이 ‘임의’로 호주가 되는 것이라면, 모든 부부의 절

6) 서울지방법원 북부지원 위헌제청 결정문, 사건 2000호파 1886 2001.3.29

7) 서울지방법원 북부지원은 제 826조 3항에 대해 “가사 위 법조가 위헌이라 하더라도 이 사건 재판의 결론에 영향을 미칠 바는 아니므로 그 위헌 여부는 이 사건 재판의 전제가 되지 아니한다”는 이유로 각하하였다.

반 아니 전체 부부의 5% 정도라도 부인이 호주로 되어 있어야 할 것이다. 하지만, 법원의 담론에서 보면, 이러한 조항간의 연관성이 아니라 하나의 사건에 직접적으로 해당하는 조문만을 재판의 전제로서 규정하고 있는 듯 하다. 연결선상에서 이러한 사건을 규정함에 있어 이혼 및 재혼의 증가, 남성과 여성간의 사회적 지위 변화와 같은 사회구조적 변동의 맥락이 어떻게 고려될 수 있을지도 의문이 든다. 공익과 사익간의 비교형량을 위해서도 사회적 추세를 읽을 수 있는 각종 자료의 제시가 요청된다고 사료된다.

이렇게 볼 때 재판부가 제시한 위헌성, 재판의 전제성, 공익과 사익이라는 기준을 보다 충실화하기 위해서 이번 소송의 사회구조적 변동의 맥락과 역사적 전망이 절대적으로 필요하다고 판단한다. 이러한 견지에서 본 논문은 현재 한국 호주제도의 존재 논의에 있어 가장 중심적인 쟁점 내지 근거라고 할 수 있는 ‘전통’ 문제와 가족의 변화 속에서 바라본 ‘여성’이라는 두 문제를 중심으로 하여 호주제도 위헌 소송의 역사성을 조명해 보고자 한다. 그러한 논의 속에서 호주제도의 문제점이 드러날 것이며, 호주제 개혁의 근거들이 보다 풍부한 내용과 의미를 담지하게 될 수 있을 것이며, 역사적으로 형성된 한국의 문화에 대한 하나의 독해가 될 수 있을 것이다.

II. 역사적 구성물로서의 ‘전통’

이미 1953년 민법 중 친족상속권 초안이 정부에 제출될 때부터 가족법 학자, 여성활동가들은 국회에 건의서를 제출하는 등 가족법상 호주제도가 가지는 문제점을 맹렬히 비판하였다.⁸⁾ 이후 1960대부터 2002년 현재까지 줄기차게 전개되어 온 가족법 개정운동에서도 호주제도는 개정운동의 싸움터가 되어왔다.¹⁰⁾ 1998년의 가족법

8) 1988년의 조사에서 입부혼(入夫婚) 부부는 전국에서 194쌍으로 나타났다. 이희배, 「호주제도 개혁의 이념적 논거와 그 수정 내용」, 『가족법연구』4(한국가족법학회, 1990), 74면.

9) 이태영, 『가족법개정운동 37년사』(한국가정법률상담소, 1992), 31~48면.

10) 김용욱, 『한국가족의 법과 역사』(세종출판, 1996); 이태영, 앞의 책; 정광현, 『한국친족상속법연구』(서울대 출판부, 1967) 참고.

제 3차 개정에서 호주의 실권이 약화되는 등 일련의 개정이 있었지만 호주제도는 오늘날까지 한국 가족법에 존재하다. 호주제도 폐지에의 요구가 이처럼 지속적이고 강하였던 만큼, 그것이 존속하고 있다는 것은 그 존치에의 요구 역시 강하였다는 것을 의미한다. 그러면, 호주제도 존치의 근거는 무엇인가. 그 중심 근거가 되어 온 ‘전통’ 논의의 성격과 문제점을 고찰해 보고자 한다.

가족법 개정운동의 긴 역사에서, 한국의 유럽 세력은 한국의 ‘전통’을 지킨다는 입장에서 호주제도를 수호하여 왔다고 할 수 있다. 사실상 호주제의 존폐를 둘러싼 논쟁에서 상당부분이 ‘전통’에 관한 논란이라고 할 정도로 현재의 호주제 폐지논의의 뿐 아니라 가족법 개정이 시도될 때마다 전통 존중론은 ‘전가의 보도’처럼 사용되었다. 전통 존중론에 의하면 호주제는 한국의 전통이자 미풍양속이며, 호주제 폐지론자는 전통을 무시하는 서구추수주의자 혹은 패륜이라고 치부되곤 한다. 하지만 호주제가 어찌서 한국의 전통인지, 무슨 기준으로 누가 전통이라고 판단할 수 있는 것인지, 또 설령 어떤 제도가 역사적 경험에 근거한 전통이라고 하더라도 왜 특정한 행동양식이 현재 사회에서 그대로 지속되어야 하는지 등에 관해서는 흠족한 설명을 제시하지 못하였다. 요컨대, 한국의 전통이 가진 현재적 의미, 그리고 전통과 사회적 정의(正義)의 관련성 등에 관한 논의가 부족한 상태이다.

이러한 담론 상황에서 호주제 폐지론자들은 호주제도가 한국의 ‘진정한’ 전통이 아님을 증명하는데 주력하여 왔다. 예컨대, 호주제 위헌제청 신청사유서에서도 고려시대, 삼국시대까지 거슬러 올라가서 호주제도와 같은 가족제도가 한국의 역사에 존재하지 않았음을 증명하고, 호주제도는 식민지시기에 이식된 제도라는 점을 강조한다.¹¹⁾ 이러한 비판은 호주제도의 식민지성을 강조하기 위한 것이라고 할지라도 비판의 방식에 있어 문제점을 가지고 있다. 먼저, ‘실제로 한국에는 어떠한 전통이 있었는가’라는 실증주의 관점에 대해서 의문이 든다. 이러한 질문을 가지고 전통을 역사적으로 따져가는 과정에서 ‘전통’이라는 문화적 구성물이 마치 사물인 것처럼 ‘실체화(實體化)’하게 된다. 이러한 질문과 추적방법을 통하여 특정한 실천과 규범이 가졌던 사회적 맥락, 지역과 계급적 입장, 시대적 역동성 등이 ‘전통’이라는 이름에 의해 은폐되고 정당화된다는 점이 드러나지 않는다. 요컨대 실증주의적 전통

11) 호주제도 위헌제청 신청사유서(2000), 미간행 자료.

관으로는 현재시점에서 거듭 일어나는 담론으로서의 전통에 대한 시야가 열리기 어렵다. 연결선상에서, 호주제도가 '우리 전통'이 아니라는 근거에서 그 폐지를 주장한다면, '우리' 전통이라면 현재사회에서 채용되어도 괜찮거나 문제제기를 하기 어렵다는 난점이 있다. 이러한 비판은 묘하게도 민족주의적인(한국의 고유한 전통)인 것으로서의 '진정한' 전통론을 가진 전통존중론자의 전통관과 공유점을 가진다. 환언하면, 전통비판론자들의 '전통' 이해는 전통존중론자의 그것과 이론적 이해에 있어서는 크게 다르지 않다는 것이다. 이것은 전통비판론자의 전통 이해가 아니라 한국사회에 편만한 전통 이해의 문제점을 드러낸다고 생각한다. 본고에서는 한국사회의 전통 담론에 내재된 가부장주의와 사실로서의 전통이라는 두 측면을 통해 그 문제점을 논의하고자 한다.

현재 한국에 존재하는 호주제도는 식민지 시기 일본 구민법상의 관련 조항, 조선 호적령과 조선민사령과 같은 식민지 시기의 법령에 의해 그 근거가 마련된 제도이다. 호주제도상의 호주 및 호주상속은 이에 제도의 개념에 터하고 있다는 것이다.¹²⁾ 하지만, 식민지 시기의 '관습' 원칙은 가족법에 남겨진 일본 식민지 영향의 복잡성의 제도적 근간이 되며, 한국의 호주제도의 성격은 이러한 역사적 맥락 속에서 이해되어야 한다. 일제시기 한국의 민법에 해당하던 조선민사령 공포 당시 제 11조에 의하면, "민법 중 능력, 친족 및 상속에 관한 규정은 조선인에 이를 적용하지 않고 당해 사항에 관해서는 조선인의 관습에 의한다고 규정하였다. 이 규정에 따라 조선의 친족 및 상속 관련사항을 조선의 관습에 따라 결정하고자 하였다. 하지만, 문제는 조선의 관습의 분류 및 내용 자체가 일본의 구민법에 틀을 따르며, 일본 법률가와 행정가의 시각 속에서 조사, 판단, 해석되었다는 점이다. 조선의 관습을 정립하는 과정이 식민지 지배관심에 입각한 정치적이고도 자의적인 해석을 벗어나기 어렵게 되었다는 것이다. 이는 식민지 시기 정립된 '조선의 관습'이 그저 관습을 조사하였다는 사실에서 그칠 수 없는 심각한 문제영역이라는 것을 시사한다. 뿐만 아니라, 주로 조선시대 양반의 실천 및 규범을 산업화의 일로에 있던 사회일반에 '관습'으로

12) 정광현, 앞의 책; 김용욱, 앞의 책; 이병수, 「조선민사령에 관하여: 제 11조의 관습을 중심으로」, 『법사학 연구』4(한국법사학회, 1997), 12~25면; 정공식(편역), 『국역 관습조사 보고서』(한국법제연구원, 1992) 참조

서 보편화시킨다는 것은 시대착오적인 것이 아닐 수 없다. 이러한 조선의 ‘관습’ 원리의 맥락에서 호주제도는 일본 구민법의 도입과 조선의 관습 인정이라는 복합적 지형 속에서 만들어진 산물로 이해된다. 이에 따라 일본 이에[家]제도상의 가독상속은 조선시대의 제사상속제도의 논리(관습) 속에서 받아들여졌고, 조선시대의 가계상속은 호주제도의 논리 속에서 지속될 수 있었다.¹³⁾ 이러한 일본과 조선의 가족제도의 상호침투의 결과, 탈식민 이후 한국의 가족은 모두 이어야 할 대를 가진 것처럼 되었고, 모든 소규모 가족에 아들의 필요성은 ‘근대’ 법적 요구가 되었다. 즉, 호주제도의 식민성은 한국의 ‘전통’의 이름 속에서 지속될 수 있었다. 이런 관점에서 볼 때, 식민주의가 한국의 전통에 미친 영향을 전통의 유지 대(對) 전통의 왜곡이라는 관점으로 보는 것은 너무 단순할 뿐 아니라 위험하다. 이런 이분법 속에서 한국의 ‘전통’이란 식민지성이나 역사와 무관한 문화적 실체로 굳어지고, 식민지성과 이항대립항으로 구성되게 되기 때문이다. 호주제도가 그렇게 명백한 식민지 유산이라면 어째서 많은 유럽들과 일반인들이 그것을 한국의 ‘전통’으로 생각해 왔을까를 의문하지 않을 수 없다. ‘호주제도가 식민지시기에 주입된 제도’라는 비판만으로는 호주제도의 식민지성을 충분히 포착하기 어렵고 따라서 그것을 해체시키기 어렵다.

다른 한편, 식민지성의 내면화라는 문제를 풀기 위해서는 가부장제 특히 부계계승제도가 의미심장한 열쇠를 가지고 있는 것으로 보인다. 한국 가족법에서 가부장적 장치는 현재까지 여전히 강력하고 다층적이다. 남성혈통 인정의 종적 체계인 부계 계승제도, 기혼여성 정체성의 남성가족에의 편입이라는 횡적 체계인 부처제 결혼제도, 모든 단위가족에서 남성 성인을 가족의 우두머리로 하는 남성 가장제도가 그들이다. 그것은 남성혈통에 의해 계산되는 광범위한 친인척 제도로, 때론 호주제도 및 그에 따른 가족 관계로, 때론 부자관계 확보를 위한 친생자 제도로 표현되고 지탱된다. 하지만 가족법 제정과 개정 과정에서 가부장제에 관한 담론의 가장 큰 특징은 ‘그것이’ 가부장제라고 말해지지 않는다는 데에 있는 것 같다. ‘그것은’ 전통, 한국적임, 그리고 민족을 통해서 말해지고 정당화되었다. 이러한 담론 전략의

13) 줄고, 『식민지 한국 가족법의 ‘관습’ 문제 : 시간성의 실종을 중심으로』, 『사회와 역사』 58 (한국사회사학회, 2000), 35~70면 ; 줄고, 『한국의 호주제도, 식민지 유산 속에 숨쉬는 가족제도』, 『여성과 사회』 10 (한국여성연구소, 1999), 214~237면 참조.

중요한 결과는 젠더(gender, 성별)라는 차원을 거론하지 않고서 가부장제를 개념화할 수 있다는 것이다. 여기서 1948년 대한민국 정부 수립 이후 법전편찬위원장이자 민법 초안을 작성한 김병노 위원장의 의견을 살펴보기로 하자.¹⁴⁾

“우리나라는 그 根本을 繼承하는 것이 집입니다. 아까 그 生理學과도 一致하는 그 父子系統을 繼承하는 것이 우리나라 家族制度입니다. 뭐 祭祀지내는 것이 家族制度라든지 이런 것이 아닙니다. 아주 根本의 骨髓는 그 父子系統… 원래 父母의 愛의 몸에서 떨어진 分子니까 그 分子의 種子를 繼承하는 것이 所謂 父子主義의 根本이라고 생각합니다.”¹⁵⁾

이렇게 부계계승제도가 강조되는 담론에서조차 남성과 여성이 나타나지 않는다. 남성과 여성 대신 가계(家系)와 민족이라는 기호가 자리잡고 있다. 이런 점에서 김 위원장의 가족은 사적 단위가 아니라 단일 혈통으로 이어지는 정체성의 혈맥이라는 관점에서 생각된다고 하겠다. 가족은 가계-민족-자아라는 정체성들이 하나로 합치하는 지점이며 서로가 서로를 단단히 지탱해 주는, 양보할 수 없는 지점이 된다. 그런데 주목할 것은 이들 정체성이 모두 혈통적(생물학적)이라는 점이다.

“그러면 사람의 系統이 어떻게 내려오는 것인가… 우리나라로 말할 것 같으면 우리나라가 民族全體가 檀君의 피다, 檀君의 피가 흘러나온 것이 우리의 民族이라 이렇게 말하지 않습니까? 이것은 範圍가 넓지요. 그러면 檀君의 피가 더 가까운 피가 있을 것이 아니에요. 제일 가까운 피가 무엇이나 하면 父가 있겠지요, 그래도 또 그것에 더 가까운 것은 祖父요 또 가까운 것은 曾祖父 또 내가 記憶하고 있는 그 世代까지는 그 系統이 환합니다. 자기 머리에 다 살아있다 말이에요.”¹⁶⁾

부계 계통주의란 아버지, 할아버지, 증조 할아버지와 같이 머리 속에 살아있는 실재이고 그 실재는 단군 할아버지로부터 내려온다는 것이다. 여기서 민족의 ‘상상적’ 시원인 단군은 머리 속에 살아있는 할아버지로 이어지는 ‘사실적’ 시원으로 둔

14) 김위원장은 당시 ‘전통존중론’의 대표자적 위치를 가지고 있었다(정광현, 앞의 책, 348~351면 참조).

15) 대한민국 국회사무국, 『국회 정기회의 속기록』 26-30(국회사무국, 1957년 11월 6일), 11면.

16) 대한민국 국회사무국, 앞의 책, 10면.

갑하고, 그런 점에서 한국 민족은 모두 피로 얽혀진 혈통공동체요 일종의 동족집단으로 그려지게 된다. 이렇게 역사 특정적 가부장적 기제들은 신비화된 역사적 상상 속에서 정당화되고, 한국의 가부장적 가족제도는 단군으로부터 유래한 초역사적 역사가 된다. 이러한 문화적 논리가 가부장적 제도가 비판을 받을 때 그것이 남녀간의 젠더 문제가 아니라 한국적 문화에 대한 문제로 전환되게 하는 사유방식이다. 40여 년이 지난 2000년 현재에 개진된 전통론자의 견해는 김 위원장의 것과 연속선상에 있다.

“父子의 血統은 天倫이다. 遺傳子로 인하여 永遠히 繼承되는 血統을 精神病者 몇 사람이 모여서 깨고 싶어한다고 깨어질 수 있는 것이 아니다. 원래 家庭이란 平等한 곳이 아니다. 天倫으로 이어지는 父子와 祖系 關係를 어떻게 人爲的인 法으로 平等하게 할 수 있겠는가?”¹⁷⁾

호주제도가 가족법상 이와 같이 승엄한 부계계승제도를 지속하는 실질적 제도가 되어 왔기 때문에, 한국의 정체성을 유지해 주는 한국의 ‘전통’이 된다. 이러한 담론에서 가부장적 가족은 식민주의라는 ‘조그만’ 굴곡은 문제도 되지 않을 듯, 역사적 침식과 운동에서 면제되어 있는 듯하다. 오늘의 한국사회에서 작동하는 가부장제를 단군시대에까지 거슬러 올라가 ‘역사화시키는’ 상상의 힘은 1995년에 있었던 동성동본 금혼조항에 대한 위헌제청에서도 발견된다.¹⁸⁾ 이러한 분석에서 볼 때, 전통 담론은 가부장적 가족제도의 외양이기에 문제는 전통이 아니라 가부장제와 엮물린 이해관계와 정치학이라고 지적된다. 따라서, 가부장제를 ‘여성의 문제’로 따로 떼어내

17) 조준하, 『‘호주’제도는 보존되어야 한다』, 『호주제도, 무엇이 문제인가』(법무부 토론회 미간행 논문집, 2000), 70면.

18) <서울가정법원 동성동본불혼제도 위헌제청 결정문(혼인신고 불수리처분에 대한 불복신청)>에 제출된 성균관가족법개정대책위원 의견서에는 다음과 같이 기술되어 있다. “단군 건국초부터 불취동족(不取同族)이라는 도덕율이 창조되어 세속으로 전래되면서 동방의 지국이라 존대를 받았고 신라와 고려시대에 일부 소수 왕족간에 근친혼이 실시되었으나 타락된 음행(淫行)이라하여 고려 10대 왕인 정종(靖宗) 12년(1046년)에 근친금혼법이 발포되기까지 하였다.” 이러한 담론에는 동족, 근친 등으로 금혼범위에 관한 모호한 서술만이 있을 뿐 성(姓)과 본(本)이 금혼범위로서 언제 확정되었고 그것이 갖는 의미는 무엇이었는지 등 해당사안에 대한 구체적 언급이 없다(서울가정법원 사건 95호화 3029, 1995.5.17).

서 축소시킬 것이 아니라 그러한 정치 경제 문화적 제도가 가지는 이해관계와 사회 관계를 밝혀내는 것이 필요한 작업이다. 역사를 분석하는 범주로서의 젠더, 이를 통한 역사의 젠더화(gendering the history)는 앞으로 더 진척되어할 연구분야이다.¹⁹⁾

아리프 디릭(A. Dirlik)은 서구의 근대화 과정은 비서구사회에게는 자신의 전통과 근대화라는 이분법을 강요하는 과정이었다고 지적하였다. 비서구사회들은 서구의 근대화를 통해서 서구의 타자로서 소외될 것인가, 아니면 자신들의 전통을 유지하면서 과도한 중세화(中世化)로 갈 것인가의 갈림길에 놓여 있었다는 것이다. 이것은 근대화라는 명제가 비서구사회에서는 문화적 불연속성 내지 문화적 동결화를 초래할 위험이 있다는 것을 의미한다.²⁰⁾ 오리엔탈리즘이란 이러한 상황에서 서구에 비추어진 동방(Orient)에 관한 문화학이라고 할 수 있는 바, 서구와의 접촉에서 동방이란 정태적이고 신비한 심상지리(mental geography)상의 공간으로 재편성되었다.²¹⁾ 이러한 동방 재현은 서구의 문학, 예술 및 지식의 제분야에 분배되고 확산되면서 동양에 관한 지식을 만들어냈다. 동방인들은 서구의 오리엔탈리즘에 의해 자신을 다시 비추는 자기화된 오리엔탈리즘(self-orientalism) 속에 놓이게 되었다. 오리엔탈리즘 문화과학에서 '동방'의 문화는 순수하고 신비로운 것으로 성애화되고, '근대'와는 다른 이분법속에 배치되며, 동시에 비서구인들은 근대 속에서 비근대적인

19) 바로 호주제도상의 가계도는 가족관계에 머물지 않고 신분 공시, 복지, 세금제도 등 여타 법제와 관련을 가지면서 가족관계의 울타리를 훨씬 넘어선다는 것이 젠더 시스템의 복잡성의 예가 될 수 있다. 이렇게 가계도가 사회적으로 효과를 발휘하는 데에는 호적제도와 의 연계가 중요한데, 호적에는 출생, 사망, 혼인, 이혼, 양자, 파양 등 가족 내에 일어난 주요 사건들이 기재된다. 한국에는 호적 뿐 아니라 주거등록제도인 주민등록제도가 있는데, 주민등록제도 역시 호주와 세대주와의 관계를 통해 호적과 상호연결성을 가지고 있다. 이렇게 한국인의 신분 공증은 호주 또는 세대주와의 관계 속에서 파악된다는 점에서 이와 같은 가족제도는 국가의 국민지배와 긴밀히 연관되어 있다. 1990년대 말부터 호주제도는 국민의 생활 참여, 가족관계를 기반으로 한 신분관계의 지속 등 인권 침해의 관점에서 또 그 문제점이 지적되고 있다(장영아, 『호적제도의 개선방향에 관한 연구』(한국여성개발원, 1996); 김기중, 「국가의 국민관리체제와 인권 : 호적과 주민등록제도를 중심으로」(세계인권선언 50주년 기념발표 미간행 논문집, 1999).

20) Arif Dirlik, *The Postcolonial Aura—Third World Criticism in the Age of Global Capitalism*(Boulder, Westview Press, 1997); Chatterjee, Partha, *Nationalist Thought and the Colonial world—A Derivative Discourse*(Minneapolis, University of Minnesota Press, 1986).

21) Edward Said, *Orientalism*(New York, Vintage book, 1979).

‘고유’ 문화를 재정의하고 방어하게 된다는 것이다. 한편, 비서구사회의 근대가 식민주의라는 시대경험과 중첩될 때, 그 문화적 풍경은 한층 복잡해진다. 가야트리 스피박(G. Spivak)과 라타 마니(L. Mani)는 영국에 의해 인도의 ‘관습’이 정착되는 과정에 주목하면서, 식민지 이전의 무형적인 관습보다 식민지적 법체제 속으로 그것이 전환될 때 인도의 관습은 더욱 견고하고 봉건적인 것으로 굳어졌음을 밝히고 있다.²²⁾ ‘관습’은 이제 하나의 물질과 같이 경화된 어떤 것이 되면서 피식민지인들의 정체성을 설명하게 되었다. 한국과 같이, 서구가 아닌 동양(일본)에 의해 지배된 사회에서 아시아의 문화, 특히 유교가 가지는 정치적 의미는 더욱 의미심장하다. 유교는 ‘대동아공영권’과 같은 아시아 담론을 생성하기 위하여 자신의 제국주의를 방어하고 정당화하는 아시아 담론의 한 구성요소였기 때문이다. 즉 동아시아를 결합하는 명분이자 근거로서 유교가 식민지 정치의 기반으로 작용하였을 소지가 크다면, 여기서 성별적인 신분질서를 유지시키는 가부장적 가족제도는 ‘동양의 문화’로서 일본의 식민지배자나 조선의 엘리트들에게 위협의 대상이 될 이유가 없었을 것으로 사료된다. 이상과 같은 논의를 통해 볼 때, 어떤 실천이 정말로 한국의 전통이냐 아니냐, 혹은 유교적 전통에서 현재 사회에 유산으로 삼을 만한 것이냐 아니냐와 같은 질문은 매우 단순하고 위험하다는 것을 알 수 있다. 그런 담론은 이미 ‘전통’을 동결된 실체로서 만들어낸다. 전통과 관련한 과제는 적어도 지난 100여 년간의 제국주의와의 만남의 과정에서 이루어진 한국의 전통이라는 지식 생산 과정을 밝히는 것에 있다. 또한 전통이라는 지식이 사회적 정의, 평등과 불평등, 공·사 영역의 재구성 등의 관점에서 현재사회에서 발휘하는 효과를 분석하는 작업이 남아있다. 호주제도의 분석이 보여주는 것처럼, 호주제도의 식민지성은 단순한 왜곡이나 이문화(異文化)의 주입이 아니라 조선과 일본의 가족제도와 결합 혹은 일본적인 것의 내면화의 관점에서 다루어져야 한다. 또 식민지적 사회변화에서 일어난 조선의 양반 문화의 변형적 지속과 ‘보편화’는 이후 한국의 분단과 남한사회의 지배엘

22) Lata Mani, "Contentious Traditions : The Debate on Sati in Colonial India," Kumkum Sangari & Sudeshi Veikeds., *Recasting women - Essays in Indian Colonial History*(New Delhi, Kali for Women, 1989), pp.88~126 ; Gayatri Chakravorty Spivak, "Can the Subaltern Speak?", Cary Nelson & Lawrence Grossberg (eds.), *Marxism and the Interpretation of Culture*(Urbana, University of Illinois Press, 1988), pp.271~316.

리트의 속성 등 후기식민지적(postcolonial) 사회상황 속에서 분석되어야 한다. 요컨대, ‘전통’과 식민지성에 관한 이항대립의 논리로 호주제도의 식민지성은 거의 빠져나가 버릴 것이다. 식민지 오리엔탈리즘 속에 굳어 있는 가부장적 전통을 용해시키기 위해서는 ‘전통’에 관한 구성주의적 문화분석과 여성주의적 문화비판이 요청된다. 변화의 열쇠는 진정한 과거가 아니라 바로 현재 이 순간에 있다.

III. ‘여성’, 제도와 현실간의 괴리 표출

이제까지 호주제도의 의미를 거시적인 수준에서 논의했다면, 이 장에서는 사회적 현실에 좀더 밀착하여 호주제도의 효과를 살펴보기로 한다. 호주제도로 인한 피해들은 주로 ‘여성’의 피해로 드러나기 때문에 흔히 ‘여성문제’로 개념화된다. 따라서 이번 위헌소송과 함께 호주제도의 개혁은 ‘여성을 위한’ 움직임으로 말해지곤 한다. 그렇다면 호주제도로 인한 피해가 ‘여성들’의 문제인지 논의하기로 한다. 흔히 보고되는 호주제도로 인한 개인들의 피해를 유형화해 보면 다음과 같다.²³⁾

- ① 이혼 재혼시의 자녀의 호적과 성(姓) 문제 : 어머니의 이혼 및 재혼시, 어머니 (혹은 새아버지)가 자녀를 양육하고 함께 생활하고 있음에도 자녀의 호적과 성이 아버지에게 남음.
- ② 호주승계를 위한 남아출산에의 압력 : 태아 성감별, 여아 낙태로 인한 여성의 신체적 피해와 모권 하락.
- ③ 호주승계와 관련된 문제 : 남편 사망 후 3세의 혼외 자녀(남아)가 부인과 19세 딸의 호주가 됨 ; 딸만 있는 종손의 경우 호적상 집안의 ‘대가 끊긴다고’ 양자 입적을 요구받음.
- ④ 미혼모의 자녀호적 문제 : 혼인관계 없이 자녀를 출생한 경우, 아버지의 인지만 있으면 어머니의 호적에 자녀를 입적하는 것이 불가능함.

23) 박소현, 「호주제도로 인한 피해사례 발표」, 『호주제도의 문제점과 대안마련을 위한 토론회』(한국여성단체연합 등 주최 미간행 논문집, 2000) ; 국회여성특별위원회, 『호주제 폐지 관련 논의 및 추진방향』(국회여성특별위원회 미간행 연구보고서, 2000) ; 한국여성연합 호주제폐지운동본부 [http : //no-hoju.women21.or.kr](http://no-hoju.women21.or.kr) ; 여성신문 홈페이지 [http : //www.womennews.co.kr](http://www.womennews.co.kr)

- ⑤ 재산상 권리 문제 : 부부가 함께 노력하여 집을 매입한 경우에도 남편이 호주라는 이유로 남편 명의로 함²⁴⁾ ; 독립유공자인 아버지를 대신하여 어머니와 형제들을 부양하였으나 남동생이 독립유공자연금을 받고 남동생이 사망하자 손자로 연금수급권이 이관됨.

이외에도 기혼녀, 독신녀, 남편과 사별한 여성의 경우 남성의 호주권 아래 있기를 원치 않는 경우, 무호주로 호적 변경을 원하는 경우, 스스로 성을 선택하기 원하는 경우, 호주승계포기가 어려운 경우 등이 보고된다. 크게 볼 때, 이러한 피해는 이혼 또는 재혼관계에 있는 어머니의 자녀문제와 남이를 통한 호주승계에 따른 문제점으로 압축될 수 있겠다. 전자는 다시 호적 입적과 성(姓)과 본(本) 문제로 나뉘지고, 후자는 다시 남아출산압력과 소자녀 출산 추세간의 딜레마의 문제로 나뉘질 수 있다. 본 장에서는 이러한 두 측면을 통하여 현재 호주제도의 사회적 문제점을 조명하기로 하고, 호주제도에 따른 재산상의 차별 및 미혼모의 문제를 다음 기회로 넘기고자 한다.

1. 이혼 및 재혼과 자녀 문제

현행가족법에 의하면, 자녀는 부모와 혼인관계 또는 아버지의 인지가 있기만 하면, 자동적으로 아버지의 성·본을 계승하고 아버지의 호적에 속하게 된다.²⁵⁾ 이러한 부성중심제도는 한국의 거의 모든 자녀가 법률적 의미에서 ‘아버지 자식’으로 규정함에 따라, 어머니(또 그 자녀)의 결혼 안과 밖에서의 권리 침해 여지가 크다. 이러한 제도가 가진 의미는 ‘정상적’ 혼인관계에서는 잘 드러나지 않지만 이혼 및 재혼과 같은 관계에서 문제로서 드러나게 된다. 이러한 제도의 효과를 한국가족에 관한 통계자료를 통해서 살펴보기로 하자.

24) 예컨대 세대주인 남편이 주민등록상 말소되거나 전출하지 않는 한, 부인이 세대주가 될 수 없는데 아파트 분양시 주택공급에 관한 규칙에 의해 호적내의 제 1순위 기재자인 호주가 주민등록내의 제 1순위 세대주로 기재되도록 규정되어 있다.

25) 민법 제 781조 참조.

(1) 혼인과 이혼 경향

주지하다시피 지난 1990년대를 통하여 인구 전체에서 결혼율은 감소한 반면, 이혼은 급증하였다. <표 1>을 통해 1970년대 이후 혼인 및 이혼, 재혼 경향을 살펴보기로 하자.

<표 1> 혼인과 이혼 경향 (1970~2000)²⁶⁾

	1970	1980	1990	1995	1998	2000
혼인건수(천건)	295.1	4.30	399.3	398.5	375.6	334.0
조혼인율*	9.2	10.6	9.3	8.7	8.0	7.0
이혼건수(천건)	11.6	23.7	45.7	68.3	116.7	120.0
조이혼율*	0.4	0.6	1.1	1.5	2.5	2.5

1970년부터 2000년까지의 혼인 경향을 보면, 1980년을 정점으로 조혼인율(粗婚率)이 최고수준인 10.6건으로 증가하였다가 이후 지속적으로 감소하고 있다. 최근 몇 년간의 조혼인율은 거듭 조사이후 최저치의 기록을 갱신하고 있다. 이에 비해, 이혼율은 이혼건수 및 조이혼율에 의해 급증세를 나타낸다. 이혼건수는 1970년대에 비해서는 10여 배, 1980년대에 비해서는 5배 정도, 1990년에 비해서도 2.5배 정도가 증가하였다. 이렇게 혼인수의 감소와 함께 이혼수의 증가에 따라, 2000년 한 해 중 평균적으로 3쌍이 혼인할 때 1쌍이 이혼하였다고 할 수 있다. 이혼의 급증은 한부모(편부모를 뜻함) 가구 및 여성가구의 증가의 주요 요인이 된다. 이혼상태인 여성가구는 1975년 전체 여성가구주 가구의 4.3%에서 1995년 7.1%로 증가하였고, 그 숫자는 1985년의 645,400가구에서 1995년 1,524,400으로 10년 동안 2.4배 증가하였다. 미혼 여성가구는 같은 기간동안 310,700에서 450,870로 1.45배 증가하였다.

(2) 재혼의 증가

이혼의 증가와 함께 두드러진 현상은 1990년대를 통해서 재혼율의 증가가 두드러진다는 것이다. 전체혼인 중 재혼의 비율이 지속적으로 증가하여, 1999년의 총 재

26) 통계청(각년도 인구동태조사). 여기서 조혼인율이란 인구천명당 혼인건수를 뜻하며, 조이혼율이란 인구천명당 이혼건수를 뜻한다.

혼건수가 1990년에 비해 68% 증가하였다(1990년 : 18,850건 ; 1995년 : 22,770건 ; 1999년 33,607건). 이 중에서 남녀 모두 재혼인 경우가 1991년과 2000년 사이에 4.6%에서 9.6%로 2배 이상 증가하였다. 여기에도 부부의 한쪽이 재혼인 경우까지 포함하면 2000년 현재 재혼의 비율은 전체 혼인의 18%에 달한다. 혼인 5건 중 1건 정도에서 남녀 중 한 명, 또는 남녀 모두 재혼인 결혼을 한 셈이다.

(표 2) 혼인형태별 혼인구성비(%) (1996-2000)²⁷⁾

계	1996	1997	1998	1999	2000
	100.0	100.0	100.0	100.0	100.0
초혼(남)-초혼(여)	85.9	85.3	84.0	82.5	82.0
재혼(남)-초혼(여)	3.6	3.4	3.5	3.5	3.5
초혼(남)-재혼(여)	3.8	4.0	4.4	4.7	4.9
재혼(남)-재혼(여)	6.7	7.3	8.1	9.3	9.6

여기서 특히 주목되는 것은 여성의 재혼이다. 여성의 재혼은 자녀의 문제와 함께 전 혼인관계의 자취가 호적과 일상생활에 지울 수 없이 남는 반면, 남성의 재혼은 법적으로 큰 하자를 남기지 않는다. 그럼에도 불구하고 1991년에서 2000년 사이, 여자의 총 혼인수에서 재혼수가 차지하는 비율이 두 배 이상 증가하였다는 사실에 주목된다. 이 중에도 여성 재혼-남성초혼의 결혼이 증가하여 전체혼인에서 차지하는 비율은 1990년과 2000년에 각각 2.5%, 4.9%로 나타난다.

(3) 자녀 양육과 호적 문제

이혼 증가로 인하여 이혼한 부모를 둔 자녀수도 증가한다. 1990년대만 볼 경우에도 이혼당시 20세 미만의 자녀를 둔 부부의 이혼 증가 추세가 나타난다. 1993년 이혼당시 자녀를 둔 부부가 전체의 65.6%인데 비해, 2000년 현재에는 70.4%를 나타낸다.²⁸⁾ 이러한 추세에다가 이혼수의 증가를 감안하면, 이혼부부의 자녀수가 증가하였

27) 통계청(2000년 혼인·이혼통계결과).

28) 이는 평균 이혼연령이 높아지는 추세와 관련되는데, 이것은 다시 15년 이상 장기동거부부의

을 것이라는 것을 알 수 있다. 한편, 자녀의 양육을 이혼한 부모 중 누가 담당하느냐에 관한 전반적 통계를 구하기는 어렵지만, 1999년에 서울가정법원에서 처리한 이혼사건 중 친권자 및 양육자 지정이 있었던 200건을 분석한 결과, 어머니가 자녀를 양육하는 경우가 132건(66%), 아버지가 양육자로 된 경우가 64건(33%)으로서 서울지역에서 이혼부모의 자녀 중 약 2/3가 어머니가 양육자로 지정되었음을 알 수 있다.²⁹⁾

이상과 같이 결혼 10쌍 중 3쌍의 이혼, 거의 2쌍의 재혼이 일어난다는 것은 이혼을 그저 가족해체 현상으로 재혼은 단지 예외적 현상으로만 규정하고 있을 수 없는 상황에 한국사회가 들어섰음을 말한다. 하지만 호주제도는 이와 같은 가족 변화에 대하여 완강한 남성중심주의를 고수하고 있다. 먼저, 이혼한 어머니와 자녀가 실질적 가족단위임에도 불구하고 자녀의 호적을 어머니에게로 변경시키는 것이 불가능하다. 친권여부, 자녀의 의사, 또는 가족 상황과 무관하게 혼인 중에 태어난 자녀는 아버지의 호적으로부터 변경할 권리가 자녀나 친권자에게 주어지지 않는다.³⁰⁾ 둘째, 여성재혼의 증가와 함께, 여성이 전혼(前婚)관계에서 낳은 자녀를 어머니 호적에 입적시키고자 하는 경우가 늘어난다. 하지만 법의 절차는 대단히 까다롭다.³¹⁾ 민법 제 784조 1항에 따라 여성이 전혼 혹은 혼외 관계에서 낳은 자식을 입적할 때에는 현재의 남편과 현재 그 자녀의 호주(대개 전 남편이자 친부)의 동의를 얻어야

이혼증가 및 혼인연령의 상승 등에 기인한다. 평균 이혼연령은 1990년에 남녀 각각 37.2세, 33.1세였으나, 1995년에 38.4세, 34.6세, 2000년에는 남자 40.1세, 여자 36.6세로 나타났다.) 통계청, 2000년 혼인·이혼통계결과)

29) 김상용, 「다시 호주제 폐지를 말한다」, 『호주제도, 무엇이 문제인가』(법무부 토론회 기간 행 논문집, 2000). 한편 1992년 초등학교 4학년 이상의 이혼가족의 자녀를 대상으로 한 정현숙의 조사에서는 대상 자녀 중 아버지와의 동거가 55.0%, 어머니와의 동거가 31.6%로 나타난다 (정현숙, 「이혼과 자녀들의 적응에 관한 실증적 연구」, 『이혼과 가족문제』(하우, 1993) 131~154면).

30) 민법 제 778조 참조.

31) 제 782조 1항 [혼인외의 자의 입적] ①가족이 혼인 외의 자를 출생한 때에는 그 가에 입적하게 할 수 있다.

제 784조 1항 [夫의 혈족 아닌 처의 직계비속의 입적] ①부의 혈족 아닌 처의 직계비속의 입적할 때에는 부의 동의를 얻어야 그 가에 입적하게 할 수 있다. ②전항의 경우에 그 직계비속이 타가의 가족인 때에는 그 호주의 동의를 얻어야 한다.

제 785조 [호주의 직계비속의 입적] ①호주는 타가의 호주 아닌 자기의 직계존속이나 직계비속을 그 가에 입적하게 할 수 있다.

한다. 하지만, 남성이 혼외 출생자를 입적하고자 할 경우에는 대개 본인이 자신의 가의 호주이므로, 처의 동의를 얻을 필요가 없다. 이 경우 부(자신)의 인지 또는 출생신고만 있으면 자녀는 부의 가에 입적하게 된다. 셋째, 재혼가족에서 전호주와 현재 남편의 동의를 얻어 자녀가 현재 남편의 호적에 소속된다고 해도 문제가 해결되는 것은 아니다. 자녀의 성(姓)의 변경이 가능하지 않기 때문이다. 자녀와 현재 남편간의 성이 다른데서 오는 문제들이 재혼가족 및 자녀에게서 점점 더 심각하게 제기되고 있다. 이에 따라 현재 국회에 계류중인 제 4차 가족법 개정안에는 친양자제도가 고안되었다.³²⁾

2. 남아 출산과 호주승계 문제

(1) 성비불균형

한의사 고은광순은, 한의원에 찾아와 ‘아들 낳는 약’을 구하는 여성들을 쉽게 만나게 된다고 한다. 1995년 한의사를 대상으로 한 설문조사에 의하면, 응답자 200여명 중 90%가 ‘아들 낳는 처방’을 요구받았고, 이들 중 60%가 이 요구에 응했다고 답했다. 아들을 낳으려는 이유는 ‘집안 어른의 요구(60%),’ ‘대를 이으려고(30%)’라고 말해지며, 친정 식구가 약을 지으러 오는 경우(12%)도 적지 않다.³³⁾ 여성이 가부장제 시스템의 희생자이자 수호자 노릇을 하는 대목을 보여준다. 다음은 아들 낳기의 강요로 인한 여성들의 피해 이야기이다.

32) 친양자제도란 양자의 종전의 친족관계를 종료시키고 양친과의 친족관계만을 인정하며 양친의 성과 본을 따르도록 하는 제도이다. 이 제도는 주로 어머니가 전혼에서 낳은 자녀를 그 자녀의 종래의 친족관계를 없애고 현재의 남편가족의 친족으로 입양하는 제도로서 활용될 것이다. 한편, 재혼가족의 대다수가 초등 및 중등학교에 다니는 자녀를 두고 있는 현실에도 불구하고 친생자녀로 입양 가능한 연령을 만 7세 미만으로 제한하는 등 문제의 소지가 있다(의원입법 개정법률안 제 908조 2)(한국가정법률상담소 홈페이지 <http://www.lawhome.or.kr>). 더 나아가 부성중심주의를 고수하면서 재혼여성과 자녀의 복지를 증진하고자 하는 이 제도는 여성의 입장에서는 자신의 친자를 양자로 삼는다는 의미에서 기형적이라고 평가한다.

33) 호주제폐지를 위한 시민의 모임 홈페이지, 자유계시판 no.26. <http://antihoju.jinbo.net>.

“결혼한지 18년 되었다. 아들을 못 낳고 초3, 중2, 고2된 딸만 셋 있는데, 남편이 아들을 바라고 외도를 했다. 시어머니가 아들을 바라자 남편도 생각이 바뀌기 시작해 작년에 외도를 했다. 나는 아들을 못 낳는 것 때문에 굉장한 스트레스를 받고 있다.”³⁴⁾

“결혼한지 10년 되었고 딸 하나 있는데, 남편도 아들 낳기를 원하고 있다. 괜히 기가 죽고 남편한테 미안하고 남편은 친구모임에도 나가려 하지 않는다. 다들 아들을 데리고 오는데, 아들이 없는 우리는 그런 자리는 피하게 되고 어떤 때는 이 나라를 떠나고 싶다는 생각이 든다. 나 자신에 대한 비참함은 이루 말할 수 없다.”³⁵⁾

민법 제 984조와 같은 호주승계의 차별적 순서는 아버지뿐 아니라 아들의 지위를 여성보다 중요한 것으로 만든다.

제 984 조 호주승계에 있어서는 다음 순위로 승계인이 된다.

1. 피승계인의 직계비속남자
2. 피승계인의 가족인 직계비속여자
3. 피승계인의 처
4. 피승계인의 가족인 직계존속여자
5. 피승계인의 가족인 직계비속의 처

이 조항에서 여성은 가족으로, 즉 동일 호적 내에 있는 자로 국한되기 때문에 결혼 등으로 호적이 변경되지 않는 한 유효한 한시적이고 잠정적인 것이다. 이렇게 “호주제는 아들에게 가계의 승계를 보장해 주는 제도”³⁶⁾이며 역으로 호주의 안정적 계승을 위해서는 모든 호에 아들의 존재는 필수 불가결하다. <표 3>의 성비는 현대 한국인들이 얼마나 필사적으로 아들 낳기 노력을 해왔는지를 간접적으로 보여준다. 2000년으로 올수록 성비가 정상수치에 가깝지만 여전히 남아가 많고 특히 셋째자녀 이후에서 성감별과 낙태, ‘아들 낳는 약’ 등의 인위적 개입을 가능성을 짐작하게 한다. 참고로 1994년의 셋째 아이와 넷째 아이의 성비는 205.9, 237.7을 기록하고 있다.

34) 한국여성연합 호주제폐지운동본부 홈페이지 [http : //no-hoju.women21.or.kr](http://no-hoju.women21.or.kr).

35) 위 홈페이지 참조.

36) 김상용, 앞의 글, 20면.

〈표 3〉 출생순위별 출생성비³⁷⁾

	1991	1993	1995	1998	1999	2000
총출생성비	112.4	115.3	113.2	110.1	109.6	110.2
첫째아	105.7	106.4	105.8	105.9	105.6	106.2
둘째아	112.4	114.7	111.7	108.0	107.6	107.4
셋째아이상	182.1	206.6	180.2	145.6	143.1	143.9

이러한 성비불균형은 여태아 및 여성 및 모성에 대한 경시라는 문제 외에도, 차세대들의 결혼 및 이로 인한 인구학적 불균형을 예상케 한다. 앞으로의 출산수준에 대한 일반적 전망은 높은 초혼연령, 유배우율(有配偶率)의 감소라는 일반적 추세와 함께 더욱 낮아질 것이 예상된다는 것이다. 이에 따라 장래의 성별 연령별 인구비율은 더욱 불안정해 질 것이다. 이에 따라 미래의 결혼적령기 성별 인구비, 즉 남자 25-29세, 여자 20-24세의 성비추이를 산출해 보면, 1990년 전후의 성비불균형과 1970년대 후반 이후 출생아의 절대수 감소경향이 겹쳐지면서 2000년에 119.4, 2010년에 128.6로 예상된다.³⁸⁾ 따라서 1990년대에 출생한 세대가 결혼적령에 들어가는 2010년 이후가 되면, 한국 남성의 배우자 찾기는 매우 힘들어질 전망이다. 조·부모 세대의 대를 잇기 위한 남아선호의 실천이 20~30년 후 그들의 자손이 대를 잇기도 전에 배우자를 찾기 어렵게 된다는 결과로 돌아올 것이다.

(2) 소자녀 추세

이와 같은 남아출산에의 강요는 현재의 한국가족과 구조적으로 부합하는 제도인지를 가족의 규모의 면에서 살펴보기로 하자. 1960년대 이후 한국의 가구와 가족상의 가장 중요한 변화라면 소규모화라고 할 수 있다. 가구의 소규모는 출산력의 감소 및 도시화에 따른 가구분화의 촉진에 의해 설명될 수 있다. 한국의 출산율은 지난 40여 년 동안 크게 감소하였다. 가임 여성 1명이 낳은 자녀수를 예상하는 합계출산율을 볼 때, 1960년 6.0명, 1968년 4.2명, 1970년 4.53명에서 1990년의 1.6명으로 급

37) 통계청(2000년 출생·사망통계결과)

38) 권태환·김태현·최진호, 『한국의 인구와 가족』(일지사, 1995), 70~74면.

격히 감소하였다. 1991년 이후 출산율은 조금 상승하여 1992년의 1.78명 이후 지속적으로 감소하여 1998년 이후 안정화되어 2000년 현재 1.47명을 기록하고 있다.³⁹⁾ 출산력의 감소는 자녀수의 감소 현상으로 나타난다. 2000년 조사에서 평균 자녀수는 1.17명으로서, 1995년의 1.31명보다 0.14명이 줄었고 1980년 이후 지속적으로 감소하고 있다. 평균가구원수 역시 감소하여, 1975년에 5.0명이던 평균가구원수가 1995년 3.34명으로, 2000년에는 3.12명으로 감소하였다.

이와 같은 가구 및 가족의 소규모화는 가족이 개인의 생활을 통제하고 보호하는 대가족적인 가족관계의 모형과 배치된다.⁴⁰⁾ 무엇보다도, 3.1인이라는 소규모의 가구, 1.17인이라는 소자녀로는 호주제도의 사활이 달린 아들의 출산이 모든 가에서 실현되기 어렵게 만든다. 즉 호주제도의 존속에도 불구하고, 아들의 확보를 통한 '가의 재생산이 불가능한 가구가 매우 많을 것이라는 것을 예상하게 한다. 이러한 상황은 한편으로는 성비불균형에서 보았듯이 아들을 낳는 무리를 계속하게 만들 것이고, 다른 한편으로는 호적상 무후가(無後家) 또는 폐가(廢家)되는 가족을 증가시킬 것이다. 이와 같은 가족제도와 가족현실간의 구조적 부조응에도 불구하고, '전통'의 이름과 무관심 속에서 지속되고 있는 호주제도는 한국사회에서 실현되어 왔다. 따라서, 호주제도로 인한 개별 여성과 가족의 피해는 호주제도라는 가족제도와 가족 현실간의 괴리가 표출되는 현상에 다름 아니다.

이상과 같이 볼 때, 이혼과 재혼관계에 있는 '여성'의 문제란 호주제도에 의해 '비정상적'으로 규정되는 여성의 위치를 드러냄으로서, 호주제도의 '정상성(正常性)' 기제의 효과를 나타낸다. 이 때의 '정상성' 기제란 자녀에 대한 부성(父性)의 우위를 확보하고자 하는 필요에 기인하며, 부성 확보의 필요는 다시 성과 분, 호적, 제사 등을 통한 부계계승제도의 유지에 그 뿌리를 두고 있다. 하지만 모든 호에서의 남아출산이란 현재의 소규모 가족에서 더 이상 그 실현이 어렵듯이, 호주제도의 관점에서 '문제'를 가진 여성들의 대규모 출현이란 호주제도의 정상성 기제가 현재의 사회, 가족, 개인들 속에서 운용되기 어렵다는 것을 표현하고 있다. 따라서 여성들이 호주제도의 운용에 대해 문제를 가지는 것이 아니라, 호주제도가 여성과 가족,

39) 권태환 외, 앞의 책.

40) 김상용, 앞의 글 참조.

사회의 상태를 수용하지 못하는 문제를 가지고 있다. 이 때의 ‘여성’이란 변화하는 사회 속에서 변화하지 않는 가족제도를 표현하는 사회적 기호이다. 이와 같은 제도가 존속하는 한 오늘의 한국 여성들이란 한 다리는 현재를 넘어 미래에 뛰고 있을 때, 다른 한 다리는 식민지적 감수성 속에서 상상되던 조선시대의 영토를 여전히 떠나지 못하는 존재들이다. 한국의 여성주의 법리학(feminist jurisprudence)이 한국인의 주체성에서 이러한 시공간적 불일치를 설명하고 극복하는 논리를 개발할 때, 그것은 한국사회에서 새로운 사회관계를 여는 비판적 이론이 될 것이다.

IV. 맺음말

머리말에서 살펴 본 것처럼 서울지방법원의 북부지원과 서부지원은 호주제도의 제 778조 및 제 781조 후단이 행복추구권, 남녀평등, 기본권의 본질적 내용 침해금지 등 헌법의 원칙들에 위배된다는 판단을 내렸다. 이러한 판단 기준에 의해서 호주제도가 개혁될 수 있다면 환영할 일이지만 우려되는 면도 있다.

먼저, 이상에서 논의한 호주제도의 사회적 효과와 역사적 성격에서 본다면, 호주제도의 몇 조항을 문제삼는 것으로 그 폐지를 논하는 것은 너무 협소하다는 것을 반복하여 지적한다. 본 사건을 특정 법조문에 의해 먼저 재단할 것이 아니라, 개인들의 피해의 성격을 먼저 조사하고 이에 대한 자료와 해석을 풍부하게 만들어야 할 것이다.⁴¹⁾ 호주제로 인한 피해가 호주제도라는 복합적 법체계 속에서 배태된다면, 이번 위헌소송에서는 사실관계의 이해 차원에서 호주제도라는 법체계에 관해 보다 종합적인 숙고가 이루어져야 한다.

둘째, 공익과 사익의 내용에 대한 사고가 보다 충실화되어야 한다. 호주제도의 폐지가 이혼 및 재혼 가족과 같은 특정가족의 사익의 차원인지 아니면 공익의 차원에서 접근해야 하는지는 사회적 변동의 맥락 속에서 규정되어야 할 것이다. 이제까지 살펴본 것처럼, 한국의 가족은 지난 20-30년간 구조적으로 내용적으로 많은 변

41) 이러한 입장에 관해서는 이상돈, 『법이론 : 법인식의 사회적 지평과 근대성』(박영사, 1996), 특히 316~323면, 370~384면 참고

화를 겪었다. 이혼 및 재혼의 증가, 결혼에 대한 개인의 선택 신장, 가족의 소규모화, 여성 역할과 지위 변화 등 그 변화는 급격하고 분명하다. 이런 맥락에서 이혼 및 재혼이란 비정상적 가족의 모습이라기보다 한국 가족의 전반적 변화 상황을 알려주는 축도라고도 할 수 있다. 본 위헌소송에서 공익과 사익을 규정하기 위해서는 법관의 상식이 아니라 한국가족의 변화를 다룰 수 있는 각종 자료들이 검토되고 제시되어야 한다.

셋째, 행복과 남녀평등과 같은 ‘근대적’ 헌법 정신과 함께 역사적 성찰도 필요하다. 호주제도의 폐지는 시민권의 확립이라는 관점에서 한국의 가족이 국가와 가지는 관계를 재정립해야 하는 과제와 연동되어 있다. 앞서 말한 대로, 호주제도는 일본에서도 폐지된 식민지 유산이 이후 한국국가에 의해 활용되어 온 가족제도이다. 한국인의 사회적 정체성이 가족관계에 기반해 있다면 그것은 한국사회의 시민권이 아직도 가족적 관계와 중복되어 있다는 것을 의미한다. 이렇게 볼 때, 호주제도의 폐지는 서구사회에서 신분적 결박에서 벗어나 보편적 시민권을 얻기 위해 투쟁했던 시민권 운동에 해당하지 않나 생각한다. 호주제도가 식민지적 근대의 한 모습이자 현재까지 한국의 국민규정을 위한 제도에 해당한다면 호주제도의 폐지는 신분적 구속에서 벗어나서 국가의 주인인 개별 시민권의 확립의 차원에서 바라보아야 할 것이다. 이렇게 이번 위헌소송은 식민지성과 근대성을 조망하는 법사학적 관점이 요구된다.

그렇다면, 호주제도 위헌소송이 폐지해야 할 대상이 무엇인가. 그것은 서구적 근대정신의 도입 이전에 식민지적 근대성의 해체이다. 과제는 해체를 통한 재구성이다. 제사, 조상, 종문, 여성과 남성간의 관계 등 호주제도와 직접·간접으로 연관되어 있는 한국의 가족제도는 동결된 ‘전통’을 넘어서서 새로운 합의와 창조를 기다리고 있다. 호주제도와 가족현실간의 괴리는 주로 이혼여성, 미혼모, 또한 그들의 자녀들을 통해 표출되어 왔지만 이들의 아우성은 식민지 유산을 극복하지 못하고 오히려 재생산해 온 후기식민지적 한국사회의 구조적 산물이다. 이렇게 한국의 ‘전통’과 ‘여성’에 관한 담론이 교차되어 있는 호주제 위헌소송은 한국의 후기식민지적 문화상황을 알려주고 있다. 이러한 전망에 섰을 때, 이번 호주제 위헌소송은 ‘역사에 대한 소송’으로 길이 기억될 것이다.

Questions of ‘Tradition’ and ‘Women’ : Cultural Analysis of the Lawsuit about Unconstitutionality of the Family-Head(*Hoji*) System

Yang, Hyun-ah*

This is a study of the lawsuit about the unconstitutionality of the family-head system(戶主制度) in the current Korean Family Law through historical and cultural analyses. The lawsuit was filed in 2000 by the victims of the system with the support of lawyers and social movement organizations and the final decision in the Constitutional Court is now pending. After delineating the process and issues in the lawsuit, it reviews the nature of discourses on the ‘tradition’ of Korea and ‘women’, two the most typical discourses for and against abolition of the family-head system in Korean society. Particularly, this paper critically examines the discourses of ‘tradition’ and suggest to move beyond the binary logics between the authentic tradition and the influences of the colonialism. Instead of this binarism, analysis of the ‘tradition’ from the perspectives of the cultural construction and feminism are required in order to capture and to deconstruct the colonial Orientalism and patriarchy embedded in the family-head system.

It then investigates if and how the ‘women’s problem’ has been expressed in the reports of the pains and harms in relation to the family-head system. Through the statistics in the national survey of the population and household about divorce and remarriage trends,

* Researcher, BK21 Law Program, Seoul National University, Ph.D. in Sociology.

sex-ratio imbalance, and the small-family tendency, the essay emphasizes that the pains and harms are not the expression of the women's problems but the problems of the family-head system that is unable to accommodate and adjust to the changes in the contemporary Korean families. 'Women' are the signs through which the structural discrepancy between the family in the law and the families in the society have been both expressed and under-expressed. From this examination, the historical meanings of this lawsuit has become clear, in which postcoloniality of South Korean society is expressed through the intersection of discourses on 'tradition' and 'women'. This study suggests indispensability of the perspective of history of law to capture these meanings as well as the perspective of sociology of law which is alert to the rapid changes in the 'families' in Korea.